

Redefiniendo la estrategia europea de resolución de conflictos tributarios relacionados con la inversión extranjera: implicaciones para los actuales mecanismos arbitrales de resolución de controversias tributarias en el ámbito internacional¹

BEGOÑA PÉREZ BERNABEU

Profesora Titular. Departamento de Disciplinas Económicas y Financieras
Área de Derecho Tributario. Universidad de Alicante

I. El arbitraje internacional de inversiones como elemento de protección para el contribuyente. II. La resolución de conflictos relacionados con la inversión extranjera en la UE: del bilateralismo al multilateralismo, pasando por *Achmea*. III. La resolución de controversias tributarias derivadas de la inversión extranjera: luces y sombras del contexto actual.

RESUMEN. Los inversores extranjeros que llevan a cabo una inversión directa en territorio de la UE ostentan la condición de contribuyentes frente a la Administración tributaria del Estado europeo anfitrión de su inversión. Para resolver sus controversias con dicha Administración tributaria disfrutan del acceso a un singular medio de resolución de controversias previsto en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI): el *arbitraje internacional de inversiones*, el cual se configura como una *fuentes adicional de protección para el contribuyente*.

En la Unión Europea la resolución de los conflictos tributarios relacionados con la inversión extranjera venía descansando sobre la figura del arbitraje internacional de inversiones. No obstante, asistimos en la actualidad a un *viraje en la estrategia de la Comisión Europea relativa a la resolución de conflictos relacionados con la inversión extranjera*. Efectivamente, espoleada por la crisis que la figura del arbitraje internacional de inversiones está experimentando a nivel internacional y empoderada por el pronunciamiento del TJUE en el caso *Achmea* (Asunto C-284/16), la Comisión Europea está decidida a rediseñar la estrategia europea de resolución de conflictos relacionados con la inversión extranjera con la vista puesta en la creación de un sistema de tribunales arbitrales de carácter permanente, a corto y medio plazo, y de un Tribunal Multilateral de Inversiones, a largo plazo.

El resultado de esta nueva estrategia es un *nuevo escenario* para la resolución de conflictos entre contribuyente y administración tributaria relacionados con la inversión extranjera caracterizado por una “huida” *del arbitraje* que, paradójicamente, tiene lugar en un contexto en el que, tanto a nivel europeo como internacional, se apuesta por el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias, especialmente en el ámbito tributario. Además, esta nueva estrategia se está asentando sobre unos *cuestionables argumentos* que no sólo proscriben al acceso al arbitraje internacional de inversiones como medio de resolución de controversias entre contribuyente y Administración tributaria en situaciones *intra-UE* (generando de este modo una asimetría en el grado de protección jurídica de los contribuyentes europeos y no europeos), sino

¹ Este trabajo ha sido realizado en el marco de las Ayudas para Grupos de Investigación de Excelencia del Programa PROMETEO (PROMETEO/2016/053), financiado por la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte, de la Generalitat Valenciana, cuya investigadora principal es AMPARO NAVARRO FAURE.

que también reclaman una reflexión sobre la compatibilidad del recurso al arbitraje como medio de resolución de conflictos de naturaleza tributaria actualmente previsto en medidas normativas tanto a nivel europeo, como internacional.

I. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES COMO ELEMENTO DE PROTECCIÓN PARA EL CONTRIBUYENTE

Los inversores extranjeros que llevan a cabo una inversión directa en territorio de la UE ostentan la condición de contribuyentes frente a la Administración tributaria del Estado europeo anfitrión de su inversión. Resulta inevitable que, en el marco de estas relaciones de carácter tributario, surjan controversias para cuya resolución estos contribuyentes –en su condición de inversores extranjeros– disfrutan del acceso a un singular medio de resolución de controversias: el *arbitraje internacional de inversiones*.

Se trata de una figura relativamente reciente², prevista principalmente³ en los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones (en adelante, APPRIs) que son Tratados bilaterales entre dos Estados cuyo objetivo es la promoción de las inversiones de los nacionales de cada Estado firmante en el territorio de la otra parte mediante la asunción no sólo de la obligación de admitir la realización de la inversión, sino también la de asegurarle un determinado estándar de protección que se recoge en las cláusulas sustantivas del Acuerdo.

El arbitraje inversor-Estado se concibió inicialmente para supuestos de expropiación directa de activos del inversor en el territorio del Estado anfitrión, no obstante esta institución ha evolucionado y en las últimas dos décadas es posible encontrar demandas de los inversores extranjeros contra los supuestos efectos perniciosos de la legislación pública sobre la inversión realizada –la cual ha sido definida de una manera tan amplia que incluye la pérdida de los beneficios esperados– de manera que los inversores han demandado al Estado anfitrión por la adopción de medidas tributarias o políticas fiscales.

El arbitraje internacional de inversiones se configura como la “piedra angular”⁴ del régimen de protección que los APPRIs ofrecen y supone una excepción a la regla general según la cual los particulares –tanto personas físicas como jurídicas– no tienen acceso directo, en principio, a los

² El arbitraje de inversiones es una figura reciente que no siempre ha estado al alcance de los inversores, pues hasta 1959, fecha en que se suscribió el primer Acuerdo para la protección de las inversiones entre Alemania y Pakistán, cuando un inversor extranjero padecía un trato perjudicial y discriminatorio por parte del Estado anfitrión de su inversión tenía dos posibles vías de actuación. Una de ellas consistía en demandar al Estado anfitrión ante los tribunales locales, solución que podría resultar insuficiente, en determinadas situaciones, y la otra opción venía constituida por la protección diplomática, que consistía en que el inversor solicitara a su Estado de nacionalidad la protección diplomática frente al Estado anfitrión.

³ El arbitraje internacional de inversiones no sólo se prevé en los APPRIs, sino que también se recoge en otros instrumentos multilaterales creados para la protección de las inversiones, como es el caso del North American Free Trade Agreement (NAFTA), el Tratado sobre la Carta de la Energía, o el Acuerdo sobre el Common Market o the Southern Cone (Mercosur), junto a sus Protocolos de Colonia y Buenos Aires.

⁴ DÍEZ-HOCHLEITNER RODRÍGUEZ, J., “El arbitraje internacional como cauce de protección de los inversores extranjeros en los APPRIS”, *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez*, n.º 11, 2005, pág. 50.

mecanismos internacionales para reclamar sus derechos, consecuencia de lo que algunos sectores doctrinales han venido a identificar como el reconocimiento de un papel creciente a los individuos en el orden internacional, convirtiéndose en un medio de conciliación entre Estados y particulares, abandonando lo que se ha venido en llamar “el dogma de la soberanía absoluta del Estado”⁵.

Aunque hasta fechas recientes, el arbitraje internacional de inversiones había pasado desapercibido debido a que raramente había sido explorada su utilización como medio de resolución de controversias en materia tributaria, su creciente relevancia en el ámbito tributario lo ha configurado como una fuente adicional de protección para el contribuyente, estando llamado a desempeñar, en un futuro próximo, un papel relevante, junto a los Convenios de Doble Imposición, en la protección del contribuyente en la esfera internacional.

II. LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS RELACIONADOS CON LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN LA UE: DEL BILATERALISMO AL MULTILATERALISMO, PASANDO POR ACHMEA

1) *Situación precedente y claves del cambio.*

En la Unión Europea la resolución de los conflictos tributarios relacionados con la inversión extranjera venía descansando sobre la figura del arbitraje internacional de inversiones gracias a la red de Acuerdos bilaterales firmados por Estados miembros, formada por unos 1.400 APPRIs de los 3.000 que están en vigor en todo el mundo.

Incluso la propia Comisión Europea –consciente del potencial del arbitraje internacional de inversiones como instrumento de resolución de controversias de todo tipo, incluidas las de carácter tributario– había incluido este mecanismo de resolución de controversias en los Acuerdos de Libre Comercio (ALC) firmados por la UE.

No obstante, asistimos en la actualidad a un viraje en la estrategia de la Comisión Europea relativa a la resolución de conflictos relacionados con la inversión extranjera, que innegablemente afecta a la resolución de las controversias de naturaleza tributaria.

Esta nueva estrategia viene motivada, en primer lugar, por la crisis que la figura del arbitraje internacional de inversiones está experimentando a nivel internacional⁶. Efectivamente, en la actualidad son abundantes las críticas vertidas sobre esta figura argumentando que constituye un mecanismo de protección extra del que disfruta únicamente el inversor extranjero que le permite acceder a una instancia arbitral a la que no tiene acceso el inversor nacional, y ello, además, sin necesidad de acudir, en la mayoría de casos, a los medios de revisión y tribunales nacionales.

⁵ VICENTE BLANCO, D. J., “La protección de las inversiones extranjeras y la codificación internacional del arbitraje”, *Anales de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º 7, 1992, pág. 373.

⁶ Véase PÉREZ BERNABEU, B., “El arbitraje internacional de inversiones previsto en los APPRIs como medida alternativa de resolución de conflictos en materia tributaria” en *Las Medidas Alternativas de Resolución de Conflictos (ADR) en las Distintas Esferas del Ordenamiento Jurídico*, PABLO CHICO DE LA CÁMARA (dir.), Ed. Tirant lo Blanch, 2018, págs. 629-657.

Igualmente, se censura la falta de mecanismos que aseguren la imparcialidad de los jueces, pues, de hecho, en este arbitraje no está vetada la posibilidad de que los árbitros puedan actuar como abogados de las partes litigantes en otros procedimientos arbitrales que tuvieron lugar antes o se desarrollarán con posterioridad en el tiempo o incluso que se desarrollan en el tiempo de manera paralela al procedimiento en el que intervienen como árbitros.

También se critica la opacidad imperante en los procedimientos, sometidos a restrictivas normas de confidencialidad y los elevados costes de estos que restringen el acceso a los pequeños y medianos inversores. Además, incluso en aquellos casos en los que el Estado anfitrión gane el litigio al inversor extranjero, aún tiene que pagar millones en concepto de honorarios por servicios jurídicos con cargo al erario público. Consecuentemente, el Estado anfitrión no sólo se enfrenta al eventual riesgo de ser condenado al pago de una elevada indemnización pecuniaria, sino que, por el mero hecho de ser demandado se ve obligado a asumir el pago de importantes cantidades en concepto de costas y honorarios. Por este motivo, en ocasiones es suficiente la amenaza de una demanda para congelar las iniciativas legislativas de un Gobierno⁷, produciéndose lo que se ha venido a denominar *regulatory chilling effect* o fenómeno de enfriamiento normativo que puede producirse respecto del legislador tributario⁸.

Asimismo, la nueva estrategia de la Comisión viene también definida por el pronunciamiento del TJUE en el caso *Achmea* (Asunto C-284/16)⁹. Este pronunciamiento vino motivado por la conflictiva y compleja situación jurídica creada por 191 APPRIs firmados entre Estados que actualmente son Estados miembros¹⁰ (denominados APPRIs *ad intra*) contra los que la Comisión inició una cruzada hace ya más de una década¹¹.

En este asunto, el TJUE declaró que las cláusulas que prevén la existencia de tribunales arbitrales de inversión contenidas en los APPRIs *ad intra* son contrarias al Derecho de la Unión. Entre los principales argumentos del Tribunal para alcanzar esta conclusión destaca el hecho de que, estos órganos arbitrales pueden, potencialmente, interpretar el Derecho de la UE ya que pueden tener en cuenta el derecho vigente de la parte contratante afectada y otros tratados pertinentes

⁷ K. TIENHAARA, “Regulatory chill and the threat of arbitration: a view from political science”, en *Evolution in investment treaty law and arbitration*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pág. 609.

⁸ Véase PÉREZ BERNABEU, B., “Límites a la autonomía legislativa en materia tributaria derivadas del TTIP: el *regulatory chill effect*”, *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid (RJUAM)*, n.º 34, 2016-II, págs. 211-239.

⁹ Véase PÉREZ BERNABEU, B., “El arbitraje internacional de inversiones como fuente de protección del contribuyente en el ámbito internacional tras la sentencia del TJUE de 6 de marzo de 2018, caso *Achmea*”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Europea*, ALBERT RUDA GONZÁLEZ, y CARMEN JEREZ DELGADO (coords.), Editorial SEPIN, 2019 (en prensa).

¹⁰ De los 1.400 APPRIs en vigor de los que son parte algún Estado miembro, la mayoría son acuerdos con terceros Estados, sin embargo, unos 191 APPRIs en vigor están firmados entre dos Estados miembros (APPRIs *ad intra*), la práctica totalidad de los cuales fueron concluidos en la década de los 90’ por Estados miembros de la UE con Estados que, en aquel momento, no eran miembros de la UE que, posteriormente, pasaron a ser miembros de la UE.

¹¹ Ya en 2006 la Comisión alertó a los Estados miembros del conflicto potencial entre el Derecho de la UE y las previsiones de los APPRIs. Además, prueba de esta preocupación que mantiene la Comisión sobre este tema, ha sido su participación como *amicus curiae* en los procedimientos arbitrales suscitados entre inversores de un Estado miembro y otro Estado miembro.

entre las partes contratantes, que no tienen la consideración de órgano judicial de un Estado miembro debido a la naturaleza excepcional de su jurisdicción y que la posibilidad de revisar los laudos emitidos por un órgano jurisdiccional de la UE es muy limitada, cuando no es nula.

2) La nueva estrategia de la Comisión Europea en materia de resolución de conflictos relacionados con la inversión extranjera en la UE: las dos caras de una misma moneda.

Al objeto de sustituir la actual figura del arbitraje internacional de inversiones, la Comisión ha adoptado distintas medidas que afectan tanto a las relaciones de la UE con terceros Estados, como a las relaciones entre Estados miembros.

En el ámbito interno de la UE destaca que, tras ser reforzada por el pronunciamiento del TJUE en el caso *Achmea*, la Comisión Europea retomó su cruzada contra los APPRI *ad intra* y con su Comunicación sobre Protección de la inversión intra-UE¹², de 19 de julio de 2018, proscribió del Derecho de la UE a los APPRI firmados entre Estados miembros, privando a los contribuyentes de un Estado miembro de la posibilidad de acudir al arbitraje internacional de inversiones para solucionar sus conflictos con la Administración tributaria de otro Estado miembro.

En el ámbito internacional, la Comisión está desarrollando en paralelo una doble estrategia. Por un lado, en el corto plazo, la Comisión está sustituyendo al tribunal arbitral tradicional (caracterizado por ser un órgano *ad hoc* en la mayoría de casos¹³) por la figura de un tribunal arbitral de carácter permanente (ICS, por sus siglas en inglés) que combina aspectos novedosos con otros típicos del actual sistema de órganos arbitrales. Claro ejemplo de ello son el Acuerdo Económico y Comercial Global (AECG o CETA, por sus siglas en inglés) firmado con Canadá (en vigor de manera provisional¹⁴), el Acuerdo de Protección de las Inversiones entre la Unión Europea y Singapur¹⁵ y el Acuerdo Comercial firmado con Vietnam (EVFTA)¹⁶ y la versión final (hasta el momento) hecha pública del texto objeto de negociación del acuerdo para la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (ATCI o TTIP, por sus siglas en inglés).

¹² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre Protección de la inversión intra-UE, Bruselas, 19.7.2018, COM (2018) 547 final.

¹³ Lo más habitual es que se trate de un arbitraje *ad hoc* (regulado por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional), si bien también puede tratarse de un arbitraje institucional, en cuyo caso lo normal es que el APPRI se refiera al arbitraje institucional conforme a las reglas del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en Washington, aunque también puede hacerse referencia a las Reglas de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) de París o, con menor frecuencia, a las Reglas del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC).

¹⁴ Si bien quedan excluidas de esta aplicación provisional las disposiciones relativas al Tribunal de Inversiones, que solo entrarán en vigor cuando el texto íntegro del Acuerdo sea ratificado por todos los Estados miembros. No obstante, el 13 de julio de 2018, el vice-primer ministro de Italia y líder de Movimiento 5 Estrellas, LUIGI DI MAIO, anunció que Italia no ratificaría el CETA.

¹⁵ Aunque inicialmente el texto del ALC fue rubricado en 2013, tras el Dictamen 2/15 del TJUE, el acuerdo se dividió en un acuerdo de libre comercio de la UE exclusivamente y un acuerdo mixto de protección de las inversiones que debe ser objeto de ratificación por parte de los Estados miembros.

¹⁶ Actualmente está pendiente de su aprobación por el Consejo Europeo y al Parlamento Europeo como último paso previo a su entrada en vigor.

Por otro lado, y como estrategia a largo plazo, la Comisión pretende sustituir la actual figura de los tribunales arbitrales de inversión por un Tribunal Multilateral de Inversiones (MIC, por sus siglas en inglés) como parte de su estrategia “Comercio para todos” (*Trade for all*) presentada en 2015. Aunque el 20 de marzo de 2018 el Consejo otorgó su autorización estableciendo las directrices de negociación, y en la actualidad se han iniciado los debates y negociaciones sobre la misma en el seno de la UNCITRAL y la UNTACD, la aprobación de esta propuesta resulta incierta. Además, es improbable que esta propuesta prospere en sus términos actuales, siendo necesario, todavía, un largo período de negociación previo a su hipotética adopción¹⁷.

III. LA RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS TRIBUTARIAS DERIVADAS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA: LUCES Y SOMBRAS DEL CONTEXTO ACTUAL

Aunque el arbitraje internacional de inversiones no es un instrumento de resolución de controversias específico del ámbito tributario, en los últimos años, cada vez con mayor frecuencia, los inversores presentan reclamaciones ante los tribunales internacionales de inversión relacionadas con aspectos tributarios¹⁸. De hecho, algunos de los laudos que han fijado las indemnizaciones más cuantiosas han venido motivados por disputas en materia tributaria¹⁹.

Los inversores que presentan una reclamación motivada por un conflicto en la esfera tributaria basan, principalmente, sus pretensiones en las previsiones de los APPRI relativos a la prohibición de expropiación indirecta, los estándares de Trato Justo y Equitativo y de no discriminación (nos referimos en este último supuesto a las cláusulas de Trato Nacional y Nación Más Favorecida), las cuales, dada la amplitud de la interpretación que se les confiere, ofrecen a los inversores un amplio margen de actuación para cuestionar la política fiscal del Estado anfitrión.

Por ello podemos afirmar que el arbitraje internacional en materia de inversiones previsto en los APPRI, a pesar de ser objeto de frecuentes críticas, constituye una vía alternativa de resolución de conflictos entre particulares y Estados en materia tributaria, que contribuye a aumentar el grado de protección y seguridad jurídica del contribuyente extranjero que invierte en un determinado Estado.

¹⁷ Véase PÉREZ DE LAS HERAS, B., y LARENA BELDARRAÍN, J., “¿Hacia un Tribunal multilateral de inversiones? Propuestas de la Unión Europea para reformar la resolución internacional de conflictos?”, *Aranzadi Unión Europea*, n.º 8/2018.

¹⁸ Véanse: ENGIE SAA v. Hungary (ICSIC Case No. ARB/16/14) (Hungría, 2016), Albacora S.A. v. Republic of Ecuador (España, 2016) (PCA Case No. 2016-11), Quasar de Valores SICAV and others v. Russia (España, 2017, SCC Case No. 24/2007), Vodafone v. India (II) (Reino Unido, 2017), JKC Oil & Gas and Poltava v. Ukraine (Reino Unido, Países Bajos, 2015), Total E&P Uganda BV v. Republic of Uganda (ICSID Case No. ARB/15/11) (Países Bajos, 2015) y Vodafone v. India (I) (PCA Case No. 2016-35) (Países Bajos, 2014).

¹⁹ Siendo buenos ejemplos de ello tanto el asunto Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, UNCITRAL, Award on Jurisdiction and Liability, 28 April 2011, en el que el tribunal arbitral acordó una indemnización que ascendió a 1,7 billones de dólares USA, como el asunto Yukos Universal Ltd (Isle of Man) v the Russian Federation, PCA Case n.º AA 227, Final Award, 18 July 2014, en el que el Tribunal acordó una indemnización de 50 billones de dólares USA, citados por M. Davie, “Taxation-Based Investment Treaty Claims”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2015, n.º 8, pág. 203.

Por este motivo, la nueva estrategia emprendida por la Comisión relativa a la resolución de conflictos derivados de la inversión extranjera tiene evidentes implicaciones en la esfera tributaria, tanto positivas, como negativas.

Entre las sombras que perfilan el actual contexto, destaca el reciente veto del acceso al arbitraje en las controversias tributarias entre un contribuyente europeo y un Estado miembro, reclamado por la Comisión desde hace más de 10 años y consumado con el pronunciamiento del TJUE en el caso *Achmea*. Y ello por un doble motivo. Por un lado, porque, de este veto, se deriva, por un lado, un reforzamiento del papel de los órganos jurisdiccionales nacionales y europeos (actualmente colapsados en muchos Estados europeos) en el ámbito tributario que contradice las tendencias actuales que apuestan por la introducción en el Derecho Tributario de sistemas alternativos de resolución de conflictos (*Alternative Dispute Resolutions*, ADR) entre los que bien podría incluirse el arbitraje internacional de inversiones²⁰.

Por otro lado, porque con este veto se priva a los contribuyentes europeos de una vía alternativa de resolución de conflictos en materia tributaria. Se reduce, de este modo, el grado de protección y seguridad jurídica del contribuyente europeo que invierte en un Estado miembro y se genera una intolerable asimetría en el grado de protección jurídica de los contribuyentes europeos y no europeos, a favor de estos (pues conservan el acceso a esta instancia) y en detrimento de aquéllos.

Al objeto de salvar esta incompatibilidad declarada por el TJUE y evitar esta indeseable merma de protección del contribuyente europeo, sería aconsejable iniciar un proceso de revisión de las cláusulas arbitrales contenidas en los APPRIs *ad intra* al objeto de asegurar su compatibilidad con la doctrina del TJUE en el caso *Achmea*. Villar Ezcurra propone distintas vías para cumplir con la doctrina *Achmea* en el ámbito intra-UE destacando la instauración de mecanismos de cooperación entre distintos tribunales sobre la base de una confianza mutua o la introducción de técnicas precisas capaces de asegurar que los órganos jurisdiccionales nacionales realizan una revisión judicial completa²¹.

Resulta paradójico que los contribuyentes padezcan esta “huida” del arbitraje en el ámbito de la inversión directa extranjera en un contexto tributario internacional que apuesta por el arbitraje como mecanismo de resolución de controversias tanto a nivel europeo como internacional.

A nivel europeo, son claros ejemplos de esta tendencia la Directiva 2017/1852²², que introduce una nueva regulación de un procedimiento amistoso y de arbitraje a nivel comunitario o el más antiguo Convenio 90/436/CEE relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios de empresas asociadas. Por su parte, a nivel internacional, destaca en este sentido tanto la reforma llevada a cabo en el año 2008 del artículo 25 de Convenio Modelo de la

²⁰ Véase PÉREZ BERNABEU, B., “El arbitraje internacional de inversiones previsto en los APPRIs como medida alternativa de resolución de conflictos en materia tributaria”, *op.cit.*, págs. 629-657.

²¹ VILLAR EZCURRA, M., “Implicaciones del Caso *Achmea* en asuntos fiscales: límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y convenios de doble imposición internacional”, *Quincena Fiscal*, n.º 1-2, enero 2019, pág. 181.

²² Directiva (UE) 2017/1852 del Consejo de 10 de octubre de 2017 relativa a los mecanismos de resolución de litigios fiscales en la Unión Europea.

OCDE (en adelante, MCOCDE), que introdujo el recurso al arbitraje vinculante como mecanismo subsidiario cuando no prospere la vía amistosa en el plazo de dos años, como el Convenio multilateral para implementar medidas relativas a los tratados tributarios para prevenir la erosión de la base y el traslado de utilidades que incluye diversas opciones de procedimiento amistoso y arbitraje promovido por la OCDE que materializa las propuestas del Informe final de la Acción 14 BEPS.

Esta apuesta por el arbitraje se confirma, como apunta Serrano Antón, por el hecho de que la OCDE en su Plan de Acción BEPS ya recomendó el recurso al arbitraje vinculante y obligatorio como la mejor manera de resolver de forma eficaz los conflictos fiscales derivados de los Convenios de Doble Imposición (CDIs). Y aunque no hay consenso entre los países de la OCDE y del G20 sobre la adopción del arbitraje como método de resolución de controversias fiscales, un grupo de países²³, que constituye alrededor de la mitad de los países miembros de la OCDE y 13 de los 28 Estados de la Convención del Arbitraje, han manifestado su interés en el arbitraje vinculante y obligatorio²⁴.

En el lado opuesto, entre las luces que el nuevo diseño de la estrategia de resolución de controversias derivadas de la inversión extranjera conlleva cabe destacar el hecho de que la propuesta de la Comisión acerca de la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones está en sintonía con la actual corriente basada en la multilateralidad de las soluciones fiscales ejemplificada en el instrumento multilateral BEPS de la OCDE y la reactivación de la iniciativa BICCIS por la UE²⁵.

Efectivamente, en la actualidad estamos asistiendo a un cambio de paradigma en la fiscalidad internacional en el que el unilateralismo deja paso al multilateralismo como respuesta a los dilemas de la tributación internacional²⁶. En este contexto Sánchez-Archidona Hidalgo considera que, en nuestros días “existe un nuevo principio *de facto* de derecho internacional tributario relativo a la multilateralidad de las soluciones fiscales articuladas, que encuentra sustento en la entidad reconocida a nivel internacional a las soluciones multilaterales actualmente y, visto que las directrices de los principales organismos líderes en la lucha frente al fraude fiscal internacional (OCDE y UE) giran en torno a su consolidación en el tiempo, no cabe duda de que este nuevo principio se erige como el principio de fiscalidad internacional por excelencia”²⁷.

En consonancia con esta tendencia relativa a la multilateralidad, la Comisión Europea –consciente de las limitaciones e inconsistencias que presenta el actual sistema de tribunales de inversiones

²³ Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Eslovenia, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Noruega, Países Bajos, Polonia, Reino Unido, Suecia y Suiza.

²⁴ SERRANO ANTÓN, F., “Seguridad jurídica y gestión del riesgo fiscal: *tax rulings*, APA, procedimientos amistosos, arbitraje y otras técnicas en la era post-BEPS”, *RCyT*, n.º 419, febrero 2018, p. 46.

²⁵ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., “El multilateralismo frente a los problemas fiscales internacionales del siglo XXI”, *RCyT*, n.º 418, enero 2018, págs. 24-25.

²⁶ Véase las reflexiones de SERRANO ANTÓN sobre esta cuestión en SERRANO ANTÓN, F., “La influencia del plan de acción BEPS en la tributación española: impacto en la normativa, incremento de la litigiosidad y el papel de los tribunales”, *RCyT*, n.º 391, octubre 2015, págs. 77-110, especialmente, las páginas 84 a 86.

²⁷ SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., “El multilateralismo frente a los problemas fiscales internacionales del siglo XXI”, *op. cit.*, pág. 34.

(basado en acuerdos bilaterales)– propone un proceso de negociaciones a desarrollar bajo los auspicios de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) al objeto de conseguir un consenso a nivel mundial sobre el diseño de esta potencial instancia multilateral.

La propuesta de carácter multilateral de la Comisión merece una valoración positiva a la luz de los problemas que venimos comentando desde el punto de vista tributario pues, no sólo vendría a superar la falta de coordinación y los inconvenientes del actual sistema de resolución de controversias, sino que, dado su carácter multilateral, aportaría una solución uniforme aplicable tanto a contribuyentes europeos como no europeos, superando el actual trato dispar que estas dos categorías de contribuyentes reciben de manera injustificada en el ámbito de la protección de la inversión extranjera.

No obstante, resta todavía por conocer la compatibilidad de las distintas propuestas de la Comisión (tanto del tribunal arbitral de carácter permanente, como del Tribunal Multilateral de Inversiones) con la jurisdicción del TJUE. Aunque la Comisión Europea no incluyó esta cuestión en su petición de dictamen elevada al TJUE sobre el alcance de su competencia para celebrar el ALC con Singapur, el pronunciamiento del TJUE al respecto resulta inevitable e inminente, dado que Bélgica condicionó su apoyo al CETA a la solicitud de un dictamen al TJUE sobre esta cuestión. Aunque en el momento de cierre de este trabajo no se ha hecho público este dictamen, ya se conocen las Conclusiones del Abogado General Bot en el procedimiento de Dictamen del TJUE 1/17, publicadas el 29 de enero de 2019, quien se muestra favorable a esta compatibilidad.

En sus conclusiones el Abogado General considera que el mecanismo de solución de diferencias entre inversores y Estados previsto por el Acuerdo de Libre Comercio entre la Unión Europea y Canadá es compatible con el Derecho de la Unión y que no puede trasladarse al examen del mencionado mecanismo la doctrina que el TJUE estableció en el caso *Achmea*. No obstante, la experiencia ha demostrado²⁸ que el TJUE mantiene una posición impredecible en esta materia, por lo que es muy arriesgado aventurar cuál será el futuro pronunciamiento del TJUE sobre la base de las Conclusiones del Abogado General.

En cualquier caso y al margen del tránsito que en el futuro pueda sufrir la figura del arbitraje internacional de inversiones tal y como hoy lo conocemos hacia el diseño multilateral ideado por la Comisión Europea, debemos ser conscientes de que el pronunciamiento del TJUE en el caso *Achmea* tiene consecuencias de largo alcance, debido al alto grado de abstracción de los razonamientos del TJUE. Efectivamente, aunque autorizadas voces de la doctrina como Villar Ezcurra consideran que “no parece que pueda existir objeción alguna en el supuesto de los arbitrajes tributarios existentes en la actualidad”²⁹, mantenemos ciertas reservas al respecto. Ello se debe

²⁸ En el caso *Achmea* en sus Conclusiones presentadas el 19 de septiembre de 2017 (Asunto C-284/16 *Slowakische Republik contra Achmea BV*) el Abogado General (Sr. MELCHIOR WATHELET) defendía la compatibilidad de los tribunales arbitrales internacionales de inversiones con el Derecho de la UE, si bien el sentido del fallo del TJUE fue diametralmente opuesto.

²⁹ VILLAR EZCURRA, M., “Implicaciones del Caso *Achmea* en asuntos fiscales: límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y convenios de doble imposición internacional”, *op. cit.*, pág. 181.

a que consideramos que el veto a los tribunales arbitrales establecido en la doctrina *Achmea* podría llegar a alcanzar a los órganos arbitrales de carácter internacional creados para dirimir controversias tributarias, es decir, aquellos creados sobre la base del artículo 25(5) del MCOCDE y el Convenio multilateral para implementar medidas relativas a los tratados tributarios para prevenir la erosión de la base y el traslado de utilidades de la OCDE. Por el contrario, los mecanismos de arbitraje nacidos en el ámbito comunitario regulados por la Directiva 2017/1852 y Convenio 90/436/CEE tendrían una menor probabilidad de conculcar la doctrina *Achmea*, dado que –debido al origen europeo de los actos normativos que los sustentan– estos órganos arbitrales quedarían sujetos a la jurisdicción del TJUE y de las jurisdicciones nacionales.

Los motivos del potencial incumplimiento de la doctrina *Achmea* por estos tribunales arbitrales son varios. En primer lugar estos tribunales arbitrales traen causa de un acto normativo ajeno a la UE (un tratado internacional de carácter bilateral, en un caso, y un Tratado multilateral del que ni siquiera son parte todos los Estados miembros³⁰, en otro caso), al igual que sucediera con el APPRI firmado entre Países Bajos y Eslovaquia que motivó este pronunciamiento. En segundo lugar, los laudos dictados por estos tribunales arbitrales tienen carácter vinculante³¹ y definitivo, dado que, al situarse fuera del sistema judicial de la UE, el laudo arbitral no puede ser recurrido, siendo tasados los motivos que justifiquen una revisión de este³². A esto debe añadirse que estos órganos arbitrales carecen de la potestad de remitir cuestiones prejudiciales al TJUE, debido a su configuración como órganos ajenos al sistema judicial de la UE.

Pero la circunstancia determinante de su eventual incumplimiento reside, a nuestro juicio, en el hecho de que estos tribunales arbitrales, a pesar de no ser parte del sistema judicial de la UE, pueden llegar a resolver cuestiones sustantivas que entren dentro del concepto de “interpretación del Derecho de la Unión” que tan ampliamente fue establecido en la sentencia *Achmea*. En este sentido, Boulogne³³ opina que podría entenderse que estos tribunales arbitrales interpretan el Derecho de la UE cuando dirimieran controversias relativas a casos de “imposición que no esté conforme con las disposiciones del convenio” en los términos recogidos en el artículo 25(1) del MCOCDE.

Podemos citar dos casos en los que podría darse esta situación. En primer lugar, podría suceder en aquellos casos relacionados con la interpretación del principio de plena competencia o *arm's length principle* en el ámbito de los precios de transferencia o *transfer pricing*, puesto que es un principio recogido en el Derecho la UE y se ha utilizado como justificación de la restricción a las libertades comunitarias en aras a la adopción de medidas destinadas a impedir la erosión de

³⁰ <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-signatories-and-parties.pdf>.

³¹ El carácter vinculante se prevé en el artículo 25(5) MCOCDE y en el artículo 19.4 del Convenio multilateral para implementar medidas relativas a los tratados tributarios para prevenir la erosión de las bases y el traslado de utilidades promovido por la OCDE que materializa las propuestas del Informe final de la Acción 14 BEPS.

³² Este hecho impide llevar a cabo un control judicial pleno del laudo arbitral por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, tal y como exige el TJUE en los apartados 50 a 55 en su Sentencia de 6 de marzo de 2018, Asunto C-284/16, *Achmea*.

³³ BOULOGNE, F., “Implications of the CJEU’s *Achmea* decision (C-284/16) on tax treaty arbitration”, *Kluwer International Tax Blog*, <http://kluwertaxblog.com/2018/03/26/implications-cjeus-achmea-decision-c-28416-tax-treaty-arbitration/?print=pdf>.

bases imponibles mediante el traslado de beneficios. Por otro lado, también podría suceder en los supuestos en los que estos tribunales arbitrales interpretaran el concepto de “beneficiario efectivo” en relación con la tributación de dividendos, dado el estrecho vínculo que esta medida antiabuso presenta con el artículo 1(4) de la Directiva Matrices-Filiales³⁴ o el artículo 1(4) de la Directiva sobre intereses y cánones³⁵. En este último caso, la conexión con el Derecho de la UE en relación con el concepto de “beneficiario efectivo” se aprecia con mayor nitidez, a la luz de los recientes pronunciamientos de 26 de febrero de 2019 en los que el TJUE interpreta el concepto de beneficiario efectivo, en el contexto de la Directiva Matrices-Filiales³⁶ y de la Directiva de Intereses y Cánones³⁷.

Es por ello por lo que, en aras a la consecución de un mayor grado de seguridad jurídica, sería altamente deseable un pronunciamiento expreso de las instituciones europeas al objeto de eliminar las dudas que actualmente se ciernen sobre estos tribunales arbitrales tributarios de carácter internacional en cuanto al cumplimiento de los requisitos enunciados por el TJUE en el caso *Achmea*. Este pronunciamiento podría venir de la mano bien, de la respuesta del TJUE a una cuestión prejudicial planteada por un tribunal nacional sobre la compatibilidad de un laudo arbitral emanado de un tribunal arbitral de carácter internacional nacido sobre la base del artículo 25(5) del MCOCDE o del Convenio multilateral para implementar medidas relativas a los tratados tributarios para prevenir la erosión de la base y el traslado de utilidades de la OCDE, o bien de la apertura de un procedimiento de incumplimiento por parte de la Comisión.

En cualquier caso, al objeto de asegurar la compatibilidad de estos tribunales arbitrales internacionales tributarios con el Derecho de la UE a la luz de la doctrina *Achmea*, proponemos adoptar alguna medida de las que comentamos seguidamente. En primer lugar, una posible vía consistiría en facultar a los tribunales nacionales para llevar a cabo la revisión de los laudos arbitrales emitidos por estos órganos, cumpliendo con las exigencias del TJUE enunciadas en el caso *Achmea*.

En segundo lugar, como ya propusiera Serrano Antón³⁸, otra posible solución pasaría por la designación del TJUE como árbitro para que actúe como órgano de resolución de controversias tributarias, a imagen y semejanza de lo que hace el Convenio de Doble Imposición firmado entre Austria y Alemania. Esta vía no solo aportaría un deseable grado de uniformidad en la interpretación de los CDIs, sino que viene avalada por el propio TJUE, el cual, en su pronunciamiento de 12 de septiembre de 2017, *Austria vs. Alemania* (Asunto C-648/15) asumió este papel de árbitro por primera vez al declararse competente para conocer de la interpretación de los CDIs sobre la base

³⁴ Directiva 2011/96/UE del Consejo, de 30 de noviembre de 2011, relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes.

³⁵ Directiva 2003/49/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 en los Asuntos acumulados C-116/16 y C-117/16.

³⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 26 de febrero de 2019 en los Asuntos acumulados C-115/16, C-118/16, C-119/16 y C-299/16.

³⁸ SERRANO ANTÓN, F., “Algunas posibilidades de arbitraje tributario internacional. ¿Hacia un Tribunal Fiscal Internacional?”, *Quincena Fiscal*, n.º 7, 2005, págs. 33-37.

del artículo 273 TFUE³⁹. Además, como apunta Villar Ezcurra⁴⁰, esta opción podría contar con el visto bueno de la Comisión Europea quien, en el procedimiento de aprobación de la Directiva UE 2017/1852, llegó a sugerir esta vía, si bien con ciertas cautelas⁴¹. Sin embargo, es posible que los Estados miembros se muestren reticentes a adoptar esta solución por considerar que la misma podría dar lugar a injerencias del TJUE en su esfera de soberanía en materia de imposición directa.

³⁹ Sobre esta cuestión, véanse LUCHENA MOZO, G. M.^a, “El nuevo escenario comunitario de mecanismos de resolución de litigios de doble imposición en la Unión Europea (Análisis de la STJUE de 12 de septiembre de 2017, asunto C-648/15)”, *RCyT*, n.º 41, diciembre 2017, págs. 103-110, y LUTS, L., y KEMPENEERS, C., “Case C-648/15 Austria v. Germany: Jurisdiction and Powers of the CJ to Settle Tax Treaty Disputes Under Article 273 TFEU Article”, *EC Tax Review*, vol. 27, n.º 1, 2018, págs. 5-18, entre otros.

⁴⁰ VILLAR EZCURRA, M., “Implicaciones del Caso *Achmea* en asuntos fiscales: límites al arbitraje, jurisdicción exclusiva del TJUE y convenios de doble imposición internacional”, *op.cit.*, pág. 176.

⁴¹ Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the Document Proposal for a Council Directive on Double Taxation Dispute Resolution Mechanisms in the European Union, COM (2016) 686 final, SWD (2016) 344 final.